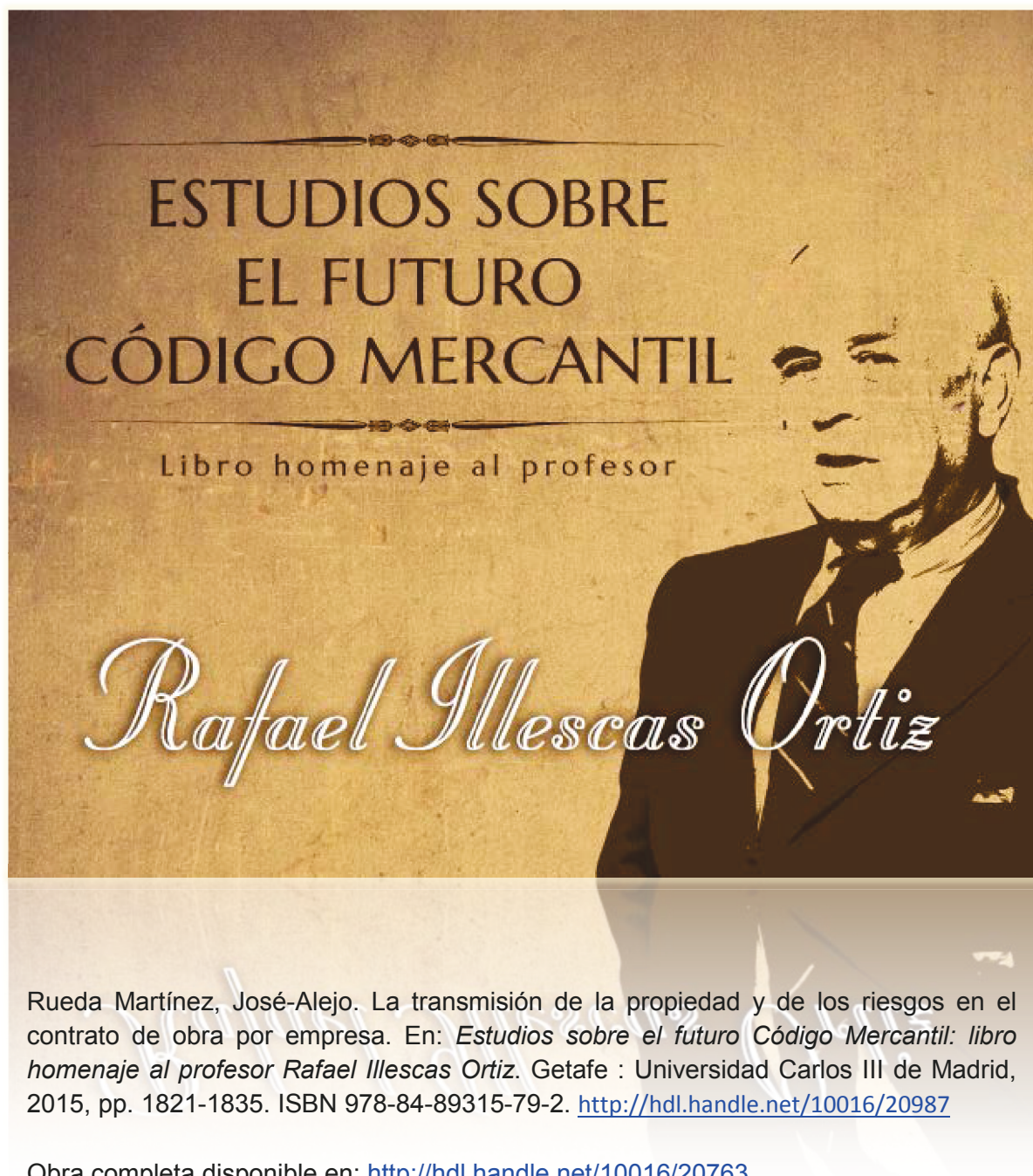




Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Rueda Martínez, José-Alejo. La transmisión de la propiedad y de los riesgos en el contrato de obra por empresa. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1821-1835. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/20987>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA. DERECHO VIGENTE Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

JOSÉ-ALEJO RUEDA MARTÍNEZ*

Resumen

En el presente trabajo se analiza el problema de la transmisión de la propiedad y de los riesgos en el contrato de obra por empresa, partiendo del derecho vigente y comparando la posición del Anteproyecto de Código Mercantil, teniendo como telón de fondo la máxima *res perit domino*.

Contenido

1.Introducción. – 2. La regla “res perit domino” como criterio de justificación de la propiedad y de imputación del riesgo en el contrato de obra. – 2.1. Antecedentes de la regla “res perit domino”. – 2.2. Posturas doctrinales y jurisprudenciales. – 2.3. La nueva regulación del supuesto particular de construcción de buques. – 3. La transmisión de la propiedad y de los riesgos en el derecho proyectado. – 3.1. Consideraciones preliminares. – 3.2. Especificación y transmisión de la propiedad. – 3.3. La transmisión de los riesgos. – 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento mercantil vigente, el contrato de obra por empresa se halla carente de una específica denominación y regulación, salvo alguna especialidad como p.ej. la más reciente relativa al contrato de construcción de buques (arts. 108 a 116 de la nueva Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014, en adelante LNM). Más allá de esa elemental afirmación de todos conocida, nuestra doctrina mercantilista lo define como aquel en que una de las partes, con organización y medios propios y a cambio de un precio, se compromete por encargo de otra a obtener un determinado resultado del que esta última se aprovecha y disfruta¹. Pero de ese renovado concepto, presente en nuestra realidad práctica, el único reflejo legal que existe, se encuentra en el denominado arrendamiento de obra que el Código civil contempla en los artículos 1588 a 1600, con los consabidos problemas que se plantean a la hora de su posible encaje en el inventario de los contratos mercantiles. Por eso la regulación proyectada ha de ser bienvenida al tipificar el contrato de obra por empresa como tipo unitario lo cual no

* Catedrático acreditado de Derecho Mercantil en la Universidad de Oviedo.

¹ PÉREZ DE LA CRUZ, A. “El Contrato de obra por empresa en general”, en VV.AA., *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2ª ed., URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), Thomson-Civitas, 2007, pág. 247.

impide considerar sus pautas reguladoras como disciplina supletoria para otros convenios que cuentan con normas especiales y en los que las partes se comprometen a alcanzar un resultado. Asociando esas ideas, se estudia la regla *res perit domino* como criterio de justificación de la propiedad y de imputación del riesgo en el contrato de obra, partiendo de ese principio romano, acogido prácticamente por todos los sistemas jurídicos. Sin embargo, el asunto se agrava en relación con contrato de obra, puesto que ni el Cc, ni el ACM determinan con nitidez a quien corresponde la propiedad de la misma. Como veremos, el asunto es de suma importancia, puesto que el tema de los riesgos cambia de forma decisiva según se reconozca el dominio de la obra en construcción al comitente o al contratista. Para ello importa analizar las posturas doctrinales y jurisprudenciales en el derecho vigente, sin olvidar la nueva y moderna regulación del supuesto particular de construcción de buques. Con esos antecedentes, se procede el estudio de la transmisión de la propiedad y de los riesgos en el derecho proyectado. Después de proceder a las pertinentes consideraciones preliminares se observan las reglas contenidas en las normas básicas de los artículos 521-2 y 524-1 del ACM. En el primero de ellos se prevé, antes que otra cosa, el empleo por parte del contratista de los medios y de los materiales necesarios, que deberán ser de la calidad adecuada. En el segundo, ya en sede de transmisión del riesgo, se señala que el contratista soporta el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación. Finalmente, ya en relación a la transmisión de los riesgos se atiende a la regla general, que dispone que “*El contratista soporta el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación*”, pero con una observación particular respecto a la excepción que otorga un tratamiento específico al caso de pérdida o deterioro de la obra cuando ésta se realice en ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente.

2. LA REGLA “RES PERIT DOMINO” COMO CRITERIO DE JUSTIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE IMPUTACIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE OBRA

2.1. Antecedentes de la regla “res perit domino”

La teoría de los riesgos es fruto del conocimiento especulativo de la doctrina francesa del siglo XIX. Efectivamente, ante la ausencia en el Código civil francés de una norma que regulase los efectos de la imposibilidad sobrevenida no imputable, los autores franceses elaboraron una teoría autónoma de los riesgos. De acuerdo con sus principios, en caso de que una de las obligaciones se extinga por caso fortuito o fuerza mayor, se origina la extinción automática de la obligación recíproca. La consecuencia inmediata es que el riesgo lo asume el deudor pese a quedar liberado de la obligación, cuyo cumplimiento ha sobrevenido imposible por caso fortuito o fuerza mayor. Con la implicación, además, de que no podrá reclamar la prestación del acreedor (*res perit debitori*). Se trata, en esencia, de la afirmación por la doctrina francesa de la regla instituida en el Derecho romano, donde el riesgo de la cosa recaía sobre el comprador desde el instante de la perfección del contrato de venta, pese a la ausencia de

transmisión de la propiedad², que solamente operaba mediante la *traditio (res perit creditori)*³. Pero esa fórmula, ceñida a la compraventa, se generaliza con la promulgación del Código napoleónico a todas las obligaciones consistentes en entregar una cosa, convirtiendo al acreedor en propietario con el simple consentimiento de las partes y quedando la misma bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado. Solamente, si el deudor se constituye en mora a la hora de la entrega, la cosa permanecerá bajo riesgo de éste último (confr. artículo 1138 CC francés)⁴. De esa forma, al ir ligado el traspaso de los riesgos a la transmisión de la propiedad, la máxima *res perit creditori* se transforma en el principio *res perit domino*.

Ese principio romano, acogido prácticamente por todos los sistemas jurídicos, no ofrece mayores problemas de aplicación en los contratos traslativos de dominio cuando se quiere significar que en las situaciones en que la cosa se pierde por causa extraña no imputable perece para su dueño, como ocurre p. ej. con la compraventa en el derecho francés ya visto, el inglés⁵ o italiano⁶. Sin embargo, el asunto se complica respecto al contrato de obra, puesto que nuestro Código civil no determina con claridad a quien corresponde la propiedad de la misma.

Efectivamente, y con carácter general, es sabido que este contrato ofrece dos modalidades contractuales: a) que los materiales hayan sido suministrados por el comitente que encarga la obra y b) que dichos materiales sean aportados por el propio contratista. Desde esa perspectiva, si bien en el primero de los supuestos el hecho de que el contratista se obligue exclusivamente a la realización de la obra, no parece dejar lugar a dudas sobre su configuración como arrendamiento de obra, el supuesto en el que el constructor proporciona también los materiales ha suscitado dudas y discusiones en torno a su calificación como compraventa o como arrendamiento. El problema se remonta a la época clásica romana en la cual es bien conocida la abierta y larga polémica entre Sabinianos y Proculyanos, defensores los primeros de la tesis de la “*emptio-venditio*” y partidarios los segundos de su configuración como “*locatio*

² Dig. 41.1.9.5 (Gaius 2 rer. cott.) “*Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio*”.

³ La regla fue aplicada hasta la promulgación del Código civil francés. Vid. POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français. [Traité du contrat de vente. Traité des retraits. Traité du contrat de bail à rente.]* /. Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. DUPIN,... augmentée d'une dissertation sur la vie et les ouvrages de ce célèbre jurisconsulte par le même... Tome Ier [-XI^{me}] / Paris, 1824-1825, sobre la aplicación tanto de la regla *res perit creditori*, como de la *res perit domino*, en diversos contratos y situaciones, págs. 121, 140, 144, 214, 403 y 441. Se puede consultar esta obra en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6490772j>

⁴ Exactamente dice el precepto: *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.*

⁵ *A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price.* [Sale of Goods Act 1979, Part II, Contract of sale, Section 2 (1)].

⁶ *La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo* (art. 1470 Codice civile).

conductio operis”⁷. Con posterioridad, el Derecho justinianeo consagró el criterio de la compraventa al calificarse el contrato teniendo en cuenta el elemento de mayor consideración social, es decir la propiedad de la materia frente al trabajo⁸.

La solución justiniana ha prevalecido en la doctrina francesa ya desde la época de la codificación, aunque alterándose la base conceptual de la prevalencia de la materia frente al trabajo, al concretarse ahora el problema en los propios textos del Código civil francés, los cuales parecían dar a entender que el supuesto en el cual, los materiales viniesen suministrados por el constructor, vendría configurado como un contrato de compraventa⁹.

⁷ Sobre esa polémica y sobre todo en torno a la cuestión sobre quien recae la propiedad de la cosa cfr. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4ª ed., Milano, 1953, págs. 284-285. Más concretamente sobre la calificación como compraventa o como arrendamiento de obra cfr. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, Libro XIX, trad. ital., Milano, 1891, págs. 92-95 sobre los siguientes textos del Digesto:

"Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, emtionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret; aliter atque si aeream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur" (Dig. 18. 1. 20. POMPONIO, *Comentarios a Sabino*, Libro IX.)

"Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio; quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit, emtionem puto esse, non conductionem; toties enim conductio alicuius rei est, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet; quoties vero et inmutatur, et alienatur, emtio magis, quam locatio intelligi debet" (Dig. 18.1.65, IAVOLENUS, libro XI *Epistolarum*.)

"Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio, ut ecce, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emtionem et venditionem esse. Quodsi ego aurum dederó mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit" (Dig. 19.2.2.1. GAIUS, libro II *Rerum quotidianarum*)

"Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem" (Dig. 19.2.22.2., PAULUS, libro XXXIV *ad Edictum*.)

Un profundo análisis de estos textos puede verse en el interesante estudio de THOMAS, "Non solet locatio dominium mutare", en *Mélanges Philippe Meylan*, vol. I, Droit Romain, Lausanne, 1963, págs. 339 a 357.

⁸ "Item quareritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret, et acceperit verbi gratia aureos decem, utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. **Sed placuit, tantum emtionem et venditionem contrahi.** Quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit" (Instituta, 3.24.4.) Cfr. sobre el particular THOMAS, *ob. cit.*, págs. 342-343.

⁹ Efectivamente el art. 1711 del Código civil francés enumera, entre los distintos supuestos de arrendamiento aquél en que la materia fuera aportada por el mismo para el que se hace la obra (párr. 6º) y más adelante el art. 1787 establece que cuando se encarga una obra, puede convenirse que el constructor aporte solamente su trabajo o industria o que también aporte los materiales.

Ante esos preceptos la doctrina civilista francesa, apoyándose además en la redacción original del art. 1787 del Proyecto del código, se decidió por la teoría de la compraventa, pues, aparte de que el art. 1711 da a entender a *contrario sensu* que en el supuesto en que el material venga suministrado por el constructor no constituye arrendamiento de obra, en el originario art. 1787 antes referido se decía que en el supuesto de que fuera el comitente quien aportase los materiales existía un arrendamiento de obra y en caso contrario una compraventa. (Cfr. COLIN, CAPITANT, DE LA MORANDIERE, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris 1941, pág 721; JOSSERAND, *Derecho civil*, trad. esp., Buenos Aires 1951, pág. 247; WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, vol. XXII, T. II, 2ª parte, Paris, 1906, pág. 1073 y ss.; TROPLONG, *Droit Civil expliqué. De l'échange et du louage*, T. II, Paris 1859, págs. 366 y ss., quien realiza una cumplida exposición de las doctrinas mantenidas al respecto).

Se advierten, sin embargo, en la propia doctrina civilista francesa posturas en favor de la naturaleza mixta o compartida. Así PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, trad. esp., T.

2.2. Posturas doctrinales y jurisprudenciales

Siguiendo los pasos de la doctrina francesa y abogando por la tesis de la compraventa, no faltan autores en nuestra doctrina civilista que han calificado de compraventa al contrato de obra en aquellos casos en los que el artífice suministra la materia. Se argumenta que si el que contribuye con su trabajo suministra también el material para obtención de la obra, existirá un contrato de compraventa, ya que la obligación principal es un “dare” y no un “facere”¹⁰. Incluso un sector minoritario ha defendido la enervada tesis del contrato mixto¹¹. No obstante, la tesis más generalizada configura el contrato como “arrendamiento de obra por precio alzado”. Es la consecuencia lógica de aplicar la norma contenida en el artículo 1588 del Código civil, que contempla de modo claro la doble hipótesis de que el contrato de arrendamiento de obra se ejecute aportando únicamente el trabajo o se realice suministrando el artífice los materiales.

Admitida así la naturaleza jurídica del contrato, surge ahora el problema de determinar a quién corresponde la propiedad o, si se quiere, la verificación del modo y momento de adquisición de la propiedad de la obra por el comitente. El asunto es de suma importancia, pues los riesgos se transmutan de forma decisiva según se reconozca el dominio de la obra en construcción al comitente o al contratista. Efectivamente, como se ha puesto acertadamente de relieve, de admitir que la obra en construcción pertenece al contratista pese a correr con los riesgos, la situación del comitente es poco segura, pues cabe que aquél hipoteque o grave la obra, o que la enajene a un tercero, en cuyo caso el comitente sólo podrá dirigirse contra el contratista como titular de un simple derecho de crédito, o incluso que, como consecuencia de obligaciones extrañas a la construcción misma, la obra le sea embargada¹². Por el contrario, si se admite que la propiedad corresponde al comitente será éste quien deba soportar los riesgos. Además importa recordar –aunque las características de este trabajo no permiten entrar al detalle– que a nadie se le escapan las consecuencias del posible estado de insolvencia conectado a la situación de propietario correspondiente a cada una de las partes.

En ese contexto, barajando los dos supuestos que ofrece el contrato según que los materiales hayan sido proporcionados por el constructor o suministrados por el comitente, se han planteado dos posturas contrapuestas que son bien conocidas: la

XI, La Habana 1946, pág. 157 y ss.; AUBRY Y RAU, *Cours de Droit Civil francais*, T. V, Paris 1907, pág. 655 y ss.

¹⁰ Así entre otros GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, pág. 482; TRAVIESAS, M. M., “Contrato de arrendamiento (obra y servicios)”, *RDP*, 1919, pág. 42.

¹¹ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones al Tratado de ENNECCERUS*, t. II, vol. 2º, primera parte, 3ª ed. Española (anotada por FERRANDIS VILELLA), Barcelona, 1966, pág. 557; SANTOS BRIZ, J., *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, *RDP*, 1972, pág. 381. Una exhaustiva clasificación de los diferentes criterios que se han barajado en nuestra doctrina, ha sido realizada por el Prof. Aurelio MENENDEZ, “Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques”, en *R.D.M.*, n.º 68, 1958, págs. 308 a 318, quien valorando la seguridad relativa de unos y otros, propone como criterio el objetivo y dentro de éste, el que distingue la relación de acuerdo con el carácter fungible o no fungible de la cosa a construir.

¹² Así expresamente SÁNCHEZ CALERO, F. J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, pág. 180

teoría dualista que hace depender la propiedad de quien haya aportado los materiales y la *teoría unitaria* que mantiene que, al margen de esa aportación, la propiedad es siempre del comitente¹³ admitiendo, incluso, que puede ser invariablemente del contratista¹⁴. Nos detendremos en la primera de ellas por ser la más generalizada en la doctrina civilista y prácticamente unánime entre los mercantilistas. Interesa destacar que estos últimos han postulado la tesis dualista en un supuesto muy concreto: el contrato de construcción de buques. El punto de conexión con la tesis defendida por la doctrina mercantilista se encuentra en el respaldo al principio que atribuye la propiedad originaria del constructor, siendo ineludible la entrega posterior de la obra en favor del comitente, por aplicación de la teoría del título y el modo consagrada en nuestro derecho (arts. 609 y 1095 del C.c.)¹⁵. En consecuencia, es clara, según ese planteamiento, la aplicación de la tradición *per cartam* que admite el art. 1462 del CC, es decir el otorgamiento de la escritura pública equivalente a la entrega de la cosa¹⁶. Conviene destacar que, con frecuencia, se alega como fundamento de la condición de propietario del constructor, el contenido del artículo 1589 del Código civil, conforme al cual, “si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla”¹⁷. Y dentro de esa orientación se estima, al mismo tiempo, que en el supuesto de que los materiales hayan sido suministrados por el comitente, correspondería a éste la propiedad al tratarse de un caso de transformación de materia propia¹⁸. Una vez así delimitada la soberanía sobre la propiedad de la obra, en consonancia con la teoría dualista defensora de aplicar el título y el modo, si la propiedad es del constructor cuando éste aporta también los materiales, igualmente debe soportar el riesgo conforme

¹³ En nuestra doctrina es partidario de este criterio SÁNCHEZ CALERO, F.J., (*Op. Cit.*, págs. 201 y ss). Para este autor, la obra, mueble o inmueble, es una cosa nueva sobre la que recae un derecho de propiedad nuevo, distinto de la propiedad de los materiales, la cual se extingue desde el momento que sobre ellos recae el trabajo del contratista dirigido a conseguir para el comitente la *res nova*. La aportación del suelo, en su caso, por el contratista es una prestación accesoria que las partes acuerdan agregar a la principal.

¹⁴ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995, págs. 143 a 151.

¹⁵ Así GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid 1979, pág. 635, quien afirma que la solución no parece dudosa en el Derecho español: “habrá que aplicar el principio general sobre adquisición de la propiedad y derechos reales consagrado en el art. 609 del C.c. y, por tanto sólo mediante la tradición del buque pasará la propiedad a quien encomendó su construcción.

¹⁶ Por todos GARRIGUES, *loc. ult. cit.*

¹⁷ GARRIGUES, *loc. ult. cit.*

¹⁸ URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1997, págs. 969-970; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, 9ª ed., 1991, pág. 777; PADILLA GONZALEZ, en *Derecho mercantil*, coordinado por JIMENEZ SANCHEZ, Barcelona, 1990, pág. 1135, quien no obstante advierte que tal solución no parece ser admitida por el art. 149 del R.R.M. de 1956, al someter también al requisito de la entrega el supuesto de encargo con aportación por el comitente de los materiales. Criticando esa posición dualista PEREZ DE LA CRUZ, “Adquisición de la propiedad del buque mediante contrato de construcción”, en I Congreso Nacional de Derecho Marítimo 1985, págs. 213 y ss. ha propuesto un criterio unitario en base al art. 383 del C.c.

En la doctrina civilista, vid., entre otros, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 265; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2º, ed. Revisada y puesta al día por RIVERO HERNANDEZ, F., Madrid, 1999, pág. 188 y 189; SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1199.

a la regla *res perit domino*. Aplicación de ese principio romano que deriva de la condición de propietario del constructor, que tiene como fundamento el contenido del artículo 1589 del CC relativo exactamente al problema de los riesgos.

La aplicación de la regla *res perit domino* es respaldada por gran parte de la doctrina¹⁹ y es la que ha seguido nuestro Tribunal Supremo. Efectivamente, el alto Tribunal ya en la Sentencia de 7 octubre 1964 (RJ 1964\4326) se manifestó en estos términos: “*Que los elementos reales del contrato de arrendamiento de obras, como lo califica el art. 1544 del CC, siguiendo la nomenclatura del Derecho romano, o de empresa, según la terminología moderna, consisten, de una parte, en la obtención de un resultado («opus consumatum et perfectum») al que, con o sin suministro de material (art. 1588), se encamina la actividad creadora del empresario, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla «Res perit domino» y de otra, en la fijación de un precio cierto (arts. 1543 y 1544), que el comitente debe satisfacer en el momento de recibir el encargo encomendado...*”. El texto se reproduce *ad litteram* en la Sentencia TS de 31 mayo 1983 (RJ 1983\2952) y brota como una tendencia unánime en las resoluciones de las Audiencias Provinciales (las más recientes las SS de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), núm. 313/2014 de 25 septiembre. JUR 2014\266696 y de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª), núm. 213/2014 de 23 septiembre. JUR 2014\277572)²⁰. Ulteriormente, el TS en la sentencia de 15 junio 1994 (RJ 1994\4925), entrando expresamente en el tema de los riesgos, afirma: “...los artículos 1589 y 1590, determinantes de cuál de las dos partes, el contratista o dueño de la obra, ha de asumir el riesgo de la pérdida hasta que se produzca la entrega de la obra, preceptos que han de ser interpretados, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en el sentido de que el riesgo a que se refiere el texto legal es el proveniente de caso fortuito...”

No podemos pasar por alto, sin embargo, una postura más reciente del Tribunal Supremo en un caso relativo a la construcción de un buque que perece a causa de un incendio. Se trata de la STS de 28 de febrero de 2013, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\1606) en la que el alto Tribunal admite la teoría dualista (entre otras razones porque en el contrato se había pactado que la propiedad era del constructor). En cuanto a la naturaleza jurídica configura “...el contrato celebrado por ambas sociedades como arrendamiento de obra por precio alzado - la posibilidad de calificarlo como venta de cosa futura no ha sido tomada en consideración por nadie, acertadamente, a la vista de

¹⁹ En la doctrina maritimista vid. GABALDÓN-RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, 2.ª ed., Madrid-Barcelona, 2002, pág. 254. Por parte de los civilistas, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Volumen IV, Madrid 1977, pág. 490; ALBACAR LOPEZ, J. L. *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. V, sub arts. 1589-1590, págs.1210-1211; CAPILLA RONCERO. “El contrato de obra”, en AAVV, coord. por VALPUESTA FERNANDEZ, M.R., *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia 1998 pág. 754.

²⁰ Vid., además, con simple alcance de muestra, Las SS de la AP Guadalajara, sentencia núm. 80/2002 de 1 marzo; AP Madrid (Sección 13ª), sentencia núm. 438/2004 de 3 junio; AP Tarragona (Sección 1ª), sentencia núm. 99/2010 de 3 noviembre; AP Burgos (Sección 2ª), sentencia núm. 353/2011 de 29 julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) de 30 enero de 2008 y 4 de mayo de 2011; AP Madrid (Sección 10ª), sentencia núm. 110/2012 de 15 febrero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) de 22 marzo de 2012; AP Guadalajara (Sección 1ª), sentencia núm. 113/2012 de 8 mayo.

*los datos que la prueba ofrece...". Añade, además, que "Se trata de un contrato de naturaleza mercantil, pero regulado por las normas del Código Civil - artículos 1588 y siguientes, en relación con los artículos 2 y 50 del de Comercio. De acuerdo con dichas normas, - sigue afirmando- hasta el momento de la entrega, Astilleros de Pesca, SL era la propietaria del buque, pues lo creó con su trabajo y sus propios materiales". Resulta evidente que la sentencia asume la teoría dualista en punto a la transmisión de la propiedad, pero luego se aparta a la hora de la imputación del riesgo porque entiende que "La norma del Código Civil sobre el régimen de riesgos propio del contrato de ejecución de obra, cuando la aportación de materiales la hubiera asumido el contratista - artículo 1589 -, no regula directamente el conflicto de intereses que ha sido objeto del proceso, ya que, aunque literalmente se refiera al llamado "periculum rei", regula el "periculum obligationis", esto es, las consecuencias que en el funcionamiento de la relación contractual sinalagmática produce la pérdida fortuita de la cosa debida por uno de los contratantes...". Desde ese razonamiento pasa por alto la aplicación de la regla *res perit domino* admitida, como hemos visto, en ocasiones anteriores por el propio Tribunal e introduce una excepción muy próxima a la contenida en el artículo 524-1.1 (Transmisión del riesgo) del proyecto de Código que luego veremos y que responde a la fórmula riesgo-posesión. En esa línea se afirma que "Al producirse el incendio a que se refiere el recurso, el buque no había sido entregado a la armadora, como se ha expuesto en varios apartados de nuestra argumentación. Sin embargo, tampoco estaba, exclusivamente, en poder de la constructora, puesto que las llaves habían sido entregadas a una persona que actuaba por cuenta de la armadora para posibilitar que, como se afirma en la sentencia recurrida, "diferentes gremios o empresas contratadas por el propio armador trabajaran en el barco".*

2.3. La nueva regulación del supuesto particular de construcción de buques

Una de las novedades de la nueva LNM es precisamente la regulación de este contrato que viene definido, acogiendo las tendencias doctrinales más modernas, como aquel por virtud del cual "una parte encarga a otra la construcción de un buque, a cambio de un precio. Los materiales podrán ser aportados, en todo o en parte, por cualquiera de los contratantes" (art. 108-1). Interesa advertir que predomina lo convenido por las partes y, en su defecto se aplicarán sus normas reguladoras que también serán supletorias a los contratos de reparación o remodelación naval cuando la importancia de éstas lo justifique.

La norma básica la constituye el artículo 110 (Adquisición del dominio) al disponer: "La propiedad del buque en construcción corresponde al constructor hasta el momento de su entrega al comitente, salvo que las partes acuerden diferirla a un momento posterior. 2. Los materiales y equipo suministrados por el comitente se considerarán de su propiedad hasta el momento en que sean incorporados al buque". Esta postura por la que se decanta la LNM y según la declaración formulada en la propia Memoria de Propuesta de Anteproyecto "es la lógica consecuencia, en cuanto a atribución de propiedad y riesgo, de la definición legal" y conviene no olvidar que esa definición se orienta entorno al contrato de obra. Más la circunstancia de atribuir la

propiedad del buque en construcción al constructor hasta el momento de su entrega al comitente puede dar lugar a defender posiciones favorables al contrato de compraventa de cosa futura, al recoger sustancialmente la postura del derecho francés²¹. No creo, sin embargo, que haya sido ese el propósito de los redactores de la LNM, ya que el objetivo no parece ir más allá de intentar resolver el problema de la propiedad del buque durante su fabricación, aun dentro del contexto del contrato de obra, y no solo en el supuesto en el que el astillero aporte en su totalidad los materiales, sino también cuando los proporcione el comitente, pues, aun en este último caso, pese a declarar que “se considerarán en su propiedad hasta el momento en que sean incorporados al buque”, ello implica su ineludible incorporación, que obviamente ha de contribuir al resultado sobre la existencia de la propia obra: el buque. En consecuencia existe una clara posición acogiendo la tesis unitaria que atribuye, en todo caso, la propiedad del buque al astillero. La eventualidad de que el comitente aporte los materiales manteniéndolos en su propiedad hasta la oportuna anexión a la obra no debe llevar a pensar en el supuesto contrario, pues no puede haber confusión entre la propiedad de los materiales y la propiedad de la obra misma. Lo único que parece establecer el artículo 110 de la LNM es la regla *res perit domino* en función de la propiedad de la obra o de la propiedad de los materiales: a) si el buque “opus” sufre pérdida o deterioro sin culpa de las partes, esos riesgos los sufrirá siempre el constructor como propietario del mismo; b) si lo que se pierden son los materiales aportados por el comitente, sin que constituyan aún la obra, será él quien corra con el riesgo. Y –aunque el precepto no lo diga– a contrario sensu vale la misma argumentación para el supuesto en que el constructor aporte los materiales aunque todavía no hayan pasado a formar parte de la obra. En tal caso es propietario de los materiales al suministrarlos él mismo y, en todo caso, propietario definitivo de la obra por disposición legal.

En resumen, el astillero es siempre el propietario del buque, pero no hemos de olvidar que el arrendamiento de obra, como contrato obligacional, hace recaer sobre el constructor las obligaciones de ejecutar la obra, conservarla y entregarla al comitente. Por eso creo que en la letra de la LNM hay un contrato de obra y no de compraventa, y aun aplicándose las normas sobre riesgos que prevé el artículo 110, podrá considerarse como un contrato traslativo del dominio, o mejor de finalidad traslativa, de ahí la obligación de entrega establecida en el artículo 112.

²¹ Efectivamente en el derecho francés se contempla como una verdadera compraventa, aunque en este caso, al no existir materialmente el objeto, se tratará de una “vente à livrer” o compraventa de cosa futura. El legislador francés en la “Loi 67-5 du 3 janvier 1967 Portant Statut des Navires et autres Bâtiments de Mer”, ya confirmó ese principio al prevenir que: “Excepto si existe un convenio en contra, el constructor es propietario del buque en construcción hasta la transferencia de propiedad al cliente. Esta transferencia se realiza con la recepción del buque después de pruebas” (art. 6). Sin embargo, ese precepto que ha sido derogado en la actualidad por el “Code des transports”, artículo L5113-3, el texto vigente no cambia, la base del principio anterior. Efectivamente, en la nueva redacción operada por la “Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010” art. (V), queda establecido que: “Salvo pacto en contrario, la transferencia de propiedad se lleva a cabo sólo en la fecha de recepción de la nave, después de las pruebas”.

3. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO PROYECTADO

3.1. Consideraciones preliminares

Ya hemos visto que, en el derecho vigente, el artículo 1588 del Código civil, contempla manifiestamente la doble hipótesis de que en el contrato de arrendamiento de obra el artífice puede ejecutarla aportando únicamente el trabajo o su industria, o que también suministre el material. Con una redacción diferente, más precisa y exegética, el ACM refleja también esa duplicidad de supuestos señalando que *“el contratista pondrá los medios y los materiales necesarios, que deberán ser de la calidad adecuada. Si los materiales fueran suministrados por el comitente y presentasen vicios o defectos se estará a lo dispuesto sobre la obligación del comitente de subsanar los defectos de los materiales”*. Pero si en ello se puede encontrar un mínimo común denominador, donde coinciden plenamente el CC y el ACM es en la ausencia de determinación de la propiedad de la obra. La trascendencia de precisar tal circunstancia es evidente. No es posible analizar los distintos supuestos, pero baste subrayar el caso en que el contratista entra en concurso. Argumentar que la propiedad de la “obra en construcción”, incluso ya acabada, pero antes de ser entregada (o aceptada según el ACM) le corresponde, significa que entra a formar parte de la masa activa del concurso como bien integrado en su patrimonio a la fecha de la declaración (art. 76.1 LC). En cambio, decidirse por la propiedad del comitente, al tratarse de un bien de propiedad ajena, pero en poder del constructor-concursado, la administración concursal deberá entregar la obra a su legítimo titular (comitente) salvo los supuestos de derecho de uso, garantía o retención del concursado (art. 80 LC).

En ese escenario, se hace inexcusable precisar a través de la vía interpretativa a quién corresponde la propiedad de la obra y, en su caso, la fórmula adecuada para su transmisión. Una vez matizado ese antecedente, será más fácil explicar el sistema de distribución de los riesgos y advertir si se sigue ajustando al régimen del ACM la regla *res perit domino* como aplicación nomotética en nuestro derecho.

3.2. Especificación y transmisión de la propiedad

Antes de entrar a examinar el problema, conviene recordar que prevalece la autonomía de la voluntad de las partes. Efectivamente, el ACM (artículo 411-1. Carácter dispositivo de las normas) previene que *“Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”*. Por eso, en aquellos contratos de obra por empresa de alta importancia económica, lo normal será precisar en el contrato todas las circunstancias relativas a la propiedad de la obra, el régimen de su transmisión y la regla para la distribución de los riesgos. Sin embargo, en otro tipo de acuerdos de “menor cuantía” –digámoslo así- será necesario aplicar el sistema previsto en el ACM, como

ocurre, por ejemplo, en la confección de un traje o en la manufactura de unos zapatos, en los que nada se pacta por escrito.

Hechas esas consideraciones, procede afrontar la cuestión de la propiedad de la obra y su transmisión. Las normas básicas se encuentran en los artículos 521-2 y 524-1 del ACM. En el primero de ellos se prevé, antes que otra cosa, el empleo por parte del contratista de los medios y de los materiales necesarios, que deberán ser de la calidad adecuada. En el segundo, ya en sede de transmisión del riesgo, se señala que el contratista soporta el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación. Los preceptos señalados invitan a una interpretación, acorde con la doctrina mayoritaria actual, haciendo depender la solución del problema, de la propiedad de los materiales empleados para la obra, si ésta es mueble. En otro caso, de la propiedad del suelo, si es inmueble. En ese contexto, si el objeto del contrato es una cosa mueble y el contratista pone “los medios y los materiales necesarios”, la propiedad de la obra será adquirida a título originario por el contratista y, sólo en el momento de la aceptación, la propiedad se transmite al comitente, que la adquiere a título derivativo por aplicación de la teoría del título y el modo. En cambio, si el objeto es la construcción es un inmueble, según la tesis dualista, el comitente adquiere por accesión la propiedad de la obra a medida que los materiales se incorporan al suelo (art. 358 CC), pues éste, por lo general, es suministrado por el comitente.

Renunciando al supuesto del contrato de construcción inmobiliaria, que constituiría una hipótesis de escuela, pues, dado su valor económico, comporta normalmente, la derogación del régimen legal a través de minuciosos contratos, interesa indagar en los argumentos respecto al régimen mobiliario. Es cierto que el contratista, en el contrato de obra, en general, se encuentra ligado con la persona que le encarga el producto en virtud de una pura relación obligatoria, de la cual pueden derivar para él derechos de crédito, pero en virtud de la cual, por la propia naturaleza de la relación, no adquiere ningún tipo de derechos reales²². Pero no es menos cierto que nos encontramos ante uno de los denominados contratos de finalidad traslativa (*iusta causa traditionis*) y por quien es propietario de la cosa, lo que confirma la tradición como modo de adquirir. Efectivamente, el hecho de que el contratista ponga “los medios y los materiales necesarios” y que soporte “el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación”, permite deducir que es él el verdadero dueño de la obra. Ello está en armonía con el artículo 522-4. (Terminación y puesta a disposición de la obra) que obliga al contratista a comunicar al comitente la terminación de obra y ponerla a su disposición, para su aceptación o rechazo. Obligación que implica, además, proporcionar todos los elementos necesarios para que el comitente pueda utilizarla y destinarla al fin previsto en el contrato. Además, la tesis manteniendo la propiedad del contratista viene confirmada en la propia EXPOSICIÓN DE MOTIVOS (VI-70), al exceptuar del régimen general de transmisión del riesgo el supuesto de pérdida o deterioro de la obra cuando ésta se realice en ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente (vid. art. 524-1.1), en la medida – dice la EXPOSICIÓN DE

²² DÍEZ-PICAZO, L., “Posesión y contrato de obra”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. BATLLE V ÁZQUEZ*, Madrid, 1978, p. 248.

MOTIVOS- en que así se mantiene la necesaria vinculación entre el riesgo y la **posesión de la obra**. Por tanto si el comitente, en esas circunstancias, es un puro poseedor es porque la propiedad recae en el contratista. Sentado a quién corresponde la propiedad de la obra, en la síntesis que aconseja un trabajo de estas características, la transmisión del dominio deberá operar necesariamente a través del título y el modo. Efectivamente, junto con el contrato deberá existir el “poder de disposición” del transmitente que, pese a no formar parte del contrato, constituye otro presupuesto que, junto con el mismo, debe darse para que la entrega tenga el valor de tradición y provoque la transferencia del derecho real. Interesa recordar, una vez más, que el artículo 609 del CC advierte, entre otros factores, que la propiedad se adquiere y transmite “por consecuencia de ciertos contratos mediante la **tradición**”. Ello implica que contratista y comitente tengan respectivamente “intención de transmitir y adquirir” la propiedad. Por eso, oportunamente, el ACM no habla de entrega sino de aceptación y comprobación por parte del comitente (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS VI-69; artículo 523-5; 524-1, entre otros). En resumen, contrato, poder de disposición del contratista e intención de transmitir y adquirir, satisfacen la teoría del título y el modo para que opere la transferencia de la propiedad en el contrato de obra por empresa. Y teniendo en cuenta que no se puede definir la tradición a que se refiere el art. 609 como simple entrega, habrá casos en los que hay entrega pero no tradición. Así ocurrirá en las situaciones en las que falta el poder de disposición o la intención de adquirir, (*rectius* aceptación).

3.3. La transmisión de los riesgos

El ACM establece una regla general y dos excepciones, en relación con la pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación. En conexión con ese sistema de riesgos se incluye una atención específica referida a la pérdida o deterioro de los materiales cuando son suministrados por el comitente y que, sorprendentemente, se califican de accidental. Por eso, antes de analizar el tema es importante recordar, como idea cardinal, que en materia de riesgos se parte de la hipótesis de que la pérdida o deterioro de la cosa no sea imputable a ninguna de las partes. Baste invocar de nuevo la doctrina del TS en la sentencia de 15 junio 1994 (RJ 1994\4925), que entrando expresamente en el tema de los riesgos, afirma: “...los artículos 1589 y 1590, determinantes de cuál de las dos partes, el contratista o dueño de la obra, ha de asumir el riesgo de la pérdida hasta que se produzca la entrega de la obra, preceptos que han de ser interpretados, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en el sentido de que el riesgo a que se refiere el texto legal es el proveniente de caso fortuito...”.

Entrando en las observaciones entorno a la regla general, el ACM dispone que “*El contratista soporta el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación*” (artículo 524-1.1). Es la lógica consecuencia, a nuestro entender, de la aplicación de la regla *res perit domino* imperante como principio general en nuestro derecho. Si hemos dejado sentado que el contratista es el propietario de la obra, será él quien deba soportar los riesgos, cuando éstos no puedan ser imputados a nadie como puede ser el caso fortuito, contingencia ésta que la norma no matiza. Ello significa, por un lado, que los

daños o menoscabos que sufra la obra con anterioridad a la aceptación de la misma, deberán ser soportados y, en su caso, reparados por el contratista a su costa. Además ello implica la imposibilidad, solicitar al comitente resarcimiento alguno ni rectificación del importe de la obra. Por otro lado, en caso de que se origine pérdida total, la regla anterior determina el surgimiento de la obligación de reconstruirla a cargo del propio contratista. Y de acuerdo con la criterio ordinario sobre incumplimiento de los contratos previsto en el ACM, ello sin perjuicio del derecho del comitente a resolver el contrato y a obtener la restitución de las sumas anticipadas o pagadas a cuenta del precio de la obra, en el caso de que las circunstancias citadas determinen el incumplimiento o un riesgo notorio del mismo (artículo 417-1)²³.

Por lo que se refiere a la primera de las excepciones, pese a la aparente simplicidad y explicación, es la que ofrece más problemas. El artículo 524-1, se expresa en estos términos: *“No obstante, el contratista no responderá de la pérdida o deterioro de la obra si ésta se realiza en un ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente”*. Pero, además, recordemos que, justamente, la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS (VI-70) declara: *“Sin perjuicio de lo anterior, se ha considerado necesario dotar de un tratamiento específico al caso de pérdida o deterioro de la obra cuando ésta se realice en ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente; la solución, en este caso, pasa por exceptuar del régimen general de transmisión del riesgo ese supuesto concreto, en la medida en que así se mantiene la necesaria vinculación entre el riesgo y la posesión de la obra”*. Destaquemos que ambos textos hablan de potestad y custodia y el último esboza la ecuación riesgo-posesión, todo ello referido al comitente. Por eso, se ha dicho oportunamente que “cuando el precepto alude al ámbito de la sola potestad y custodia del comitente se está refiriendo a algo más que al simple hecho de que la obra se realice en un emplazamiento de su propiedad, pues si el comitente se limita a facilitar el acceso al lugar en el que debe ejecutarse la obra (v. gr, un terreno), pero de las circunstancias en las que celebra el contrato no se deduce la existencia de un deber de custodia a su cargo, entonces habrá de entenderse que el riesgo permanece en la esfera del contratista hasta tanto no se produzca la aceptación”²⁴.

En ese contexto, la pregunta que surge es inmediata: ¿se rompe la regla *res perit domino* al quedar vinculado el riesgo a la posesión y no a la propiedad? El asunto requiere algún detenimiento. A primera vista, dada la redacción de la norma y la aclaración que a ella se da, parece que nos deberíamos decantar en sentido afirmativo: la

23 Vid. acertadamente estas ideas expuestas en MARTÍNEZ FLÓREZ, A. y VAQUERIZO ALONSO, A. “El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en RDM, n° 293, 2014, p. 68. Además advierten que, aunque la norma reguladora de la transmisión del riesgo en el contrato de obra no lo diga expresamente, en caso de retraso en la aceptación o de rechazo infundado de la obra por parte del comitente el riesgo habrá de entenderse transmitido en el momento en que concluya el plazo dentro del cual dicha aceptación debiera haberse realizado. Esta solución –siguen afirmando– resulta acorde con la expresa consideración del transcurso del plazo de verificación de la obra como un supuesto de aceptación presunta, así como con la concepción de la propia aceptación (dentro de aquel plazo) como una obligación a cargo del comitente cuyo incumplimiento injustificado no impide el despliegue de los efectos legalmente vinculados a la aceptación, entre los que se encuentra la exigibilidad del pago o, por lo que aquí interesa, la transmisión del riesgo.

24 MARTÍNEZ FLÓREZ, A. y VAQUERIZO ALONSO, A. loc. ult. cit.

obra perecería para el poseedor-comitente. Sin embargo, cuando a esa posesión se añade el deber de *custodia*, el problema se sitúa ya ante la responsabilidad *ex recepto*²⁵, al menos en aquellos casos en los que el contrato de obra tiene por objeto cosas muebles. Tomando como ejemplo de responsabilidad por custodia otro contrato de obra por empresa como es el transporte de mercancías, sabemos que el porteador está obligado a guardar y conservar las mercancías objeto de transporte desde que las recibe en origen hasta que las entrega en destino (artículo 28 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías). Pero conocemos también que, dentro de las causas de exoneración de la responsabilidad del transportista, se encuentran el vicio propio de las mercancías y *las circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir*, siempre que pruebe tales eventualidades (artículo 48 de la citada Ley 15/2009). A ello hay que añadir que si al comitente, en tanto que poseedor, se le exige el consabido deber de custodia y la cosa mueble *queda bajo la sola potestad*, se habrá constituido en depositario. En esa posición, según el propio ACM, responderá de la pérdida total o parcial así como de los deterioros que sufran las cosas depositadas desde el momento de su entrega hasta el de su devolución. No obstante, quedará liberado “*si prueba que la pérdida o los deterioros han sido ocasionados por una indicación inexacta o instrucción errónea del depositante por vicio propio de las cosas depositadas o por circunstancias que el depositario no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir*” (artículo 551-14). En suma, si el comitente prueba que la pérdida de la obra no ha ocurrido por su culpa como sucede en el caso fortuito o en la fuerza mayor, no correrá con los riesgos. Y advertimos, una vez más, que en el sistema de imputación del riesgo rige como premisa principal el proveniente de acontecimientos imprevistos e inevitables. Siendo ello así, la regla *res perit domino* no pierde su virtualidad pues sobre comitente, al no ser dueño, solo le gravará una responsabilidad por custodia.

La segunda excepción no ofrece dificultades. Se refiere al supuesto de la pérdida o deterioro de la obra durante la ejecución, debidos a vicios o defectos de los materiales suministrados por el comitente, siempre que le hubiere hecho la oportuna advertencia. En tal caso, el contratista podrá exigir la parte de la remuneración correspondiente al trabajo realizado, así como el abono de cualquier gasto que no esté incluido en el precio.

Finalmente, el ACM incluye una previsión que viene referida a la pérdida o deterioro “accidental”, especificada exclusivamente a los materiales con los que ha de elaborarse la obra, cuando son suministrados por el comitente. Aquí, tampoco soportará el contratista el riesgo económico, siendo este de cuenta del comitente (artículo 524-1.2). Ya habíamos advertido la extrañeza sobre el empleo del término accidental. Obviamente la pérdida o deterioro debe ser accidental, es decir, casual y contingente al tratarse de un suceso eventual del que involuntariamente resulte un daño para la obra. Pues en otro caso el riesgo deberá soportarlo quién haya sufrido las consecuencias de su culpabilidad. Por lo demás, advertir que, aunque referida la regulación a los materiales

²⁵ Sobre la evolución de la responsabilidad *ex recepto* desde el derecho romano, vid. RUEDA MARTÍNEZ, J. A., “La limitación de la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías”, en *ADM*, vol. VIII, 1990, pp. 19-8.

cuando son suministrados por el comitente, rige aquí también la máxima *res perit domino* al ser de su propiedad.

4. CONCLUSIÓN

La principal deducción a poner de manifiesto consiste que en el ACM, al igual que ocurre en el derecho vigente no se determina a quien corresponde la propiedad de la obra. Eso obliga a su verificación a través del sistema de distribución de los riesgos acogido por el derecho proyectado y que, en esencia, tal comprobación es paralela a la derivada de la exégesis acogida mayoritariamente por nuestra doctrina y jurisprudencia. Por eso no hubiese estado de más una regulación al estilo la nueva LNM que decididamente ha optado por atribuir la propiedad de la obra al astillero constructor. Ello proporciona mayor seguridad jurídica y considerable claridad a la hora de imputar el riesgo ante contingencias como el caso fortuito.